



Universidad
Carlos III de Madrid

 **-Archivo**

Repositorio Institucional

ESTUDIOS SOBRE EL FUTURO CÓDIGO MERCANTIL

Libro homenaje al profesor

Rafael Illescas Ortiz



Vicent Chuliá, Francisco. Reivindicación de la comanditaria por acciones ante el anteproyecto de ley de código mercantil. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 989-1007. ISBN 978-84-89315-79-2.
<http://hdl.handle.net/10016/21031>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia
Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0
España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

REIVINDICACION DE LA COMANDITARIA POR ACCIONES ANTE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL

FRANCISCO VICENT CHULIÁ *

Resumen

La sociedad comanditaria por acciones podría servir para facilitar la financiación de las PYMES y Empresas familiares, junto a otras funciones, pero en Derecho español está desaprovechada, debido a que la Ley de Sociedades de Capital la regula siguiendo el modelo suizo-italiano, y no el franco-alemán, que es el que ha dado mejores resultados. A este error se añaden otros en su concreta regulación. Además, la Ley del Mercado de Valores no la regula como sociedad cotizada. El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tampoco mejora su regulación.

Contenido

1. La comanditaria por acciones como institución clásica y su función actual. – 1.1. Concepto legal. – 1.2. Función actual. – 2. Evolución legislativa española. – 3. Los proyectos de reforma y la Ley de Reforma del Gobierno Corporativo. – 4. Peculiaridades de su régimen legal. – 5. La comanditaria por acciones en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.

1. LA COMANDITARIA POR ACCIONES COMO INSTITUCIÓN CLÁSICA Y SU FUNCIÓN ACTUAL

1.1. Concepto legal

La comanditaria por acciones es una institución mercantil clásica, desaprovechada entre nosotros, que la hemos convertido en una reliquia. El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (ACM) también le dedica una regulación escueta y escéptica¹.

* Catedrático Emérito de Derecho mercantil de la Universitat de València. Socio de Honor de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira. Dedico este modesto trabajo al Profesor Dr. Rafael Illescas Ortiz, amigo entrañable y cariñoso, compañero de nuestras ya lejanas oposiciones a Cátedra de seis ejercicios con trínca, quien a lo largo de su vida se ha acreditado como ejemplo de maestros universitarios.

¹ He anticipado la crítica a la regulación española de la comanditaria por acciones en otras publicaciones. En especial, VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 22ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, I, pp. 535-537, sobre su concepto y régimen: “La sociedad comanditaria por acciones ... fue regulada por la Ley de reforma 19/89 ... siguiendo el modelo suizo-italiano ... Seguramente esta elección del legislador –mal orientado por la doctrina- fue errónea, puesto que es el modelo franco-alemán ... el que ha tenido cierto éxito, incluso como sociedad cotizada...” (p. 535) ; y pp. 1089-1090, sobre el “no reconocimiento de la sociedad comanditaria por acciones cotizada en España”, aunque sin

El art. 1.4 de la vigente Ley de Sociedades de Capital, Texto refundido aprobado por Real Decreto 1/2010, de 2 de julio (BOE del 3) (en adelante, LSC) establece que “en la sociedad comanditaria por acciones, el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de todos los socios, uno de los cuales, al menos, responderá personalmente de las deudas sociales como socio colectivo”. La norma transcribe el art. 151 Cdeco en su redacción por la Ley 19/1989, pero omite la mención “en los términos previstos en los artículos 127 y 137” (porque se trataba del art. 237 Cdeco; y el remedio fue suprimir los dos). El art. 231.1.4 ACM transcribe esta norma.

El art. 2.2 LSC añade que “las sociedades comanditarias por acciones se regirán por las normas específicamente aplicables a este tipo social (se refiere ahora a las normas de la propia LSC sobre este tipo y ya no a las del Código de comercio) y, en lo que no esté en ellas previsto, por lo establecido en esta ley para las sociedades anónimas”. Recoge el artículo 152 Cdeco, que decía: “Se aplicará a la sociedad en comandita por acciones la Ley de Sociedades Anónimas, salvo en lo que resulte incompatible con las disposiciones de esta Sección”. El art. 236-1 ACM transcribe esta disposición.

En esta enumeración de fuentes no hay una remisión al régimen de la sociedad comanditaria simple, contenido en el Código de comercio, por lo que las normas de éste no son supletorias de la LSC. La razón es que en nuestro ordenamiento jurídico la sociedad comanditaria por acciones no es una sociedad “mixta” –mitad comanditaria, mitad sociedad anónima, como en Derecho alemán-, sino una sociedad en la que el capital social es pilar único de organización financiera y de protección de los acreedores (con menos funciones de organización corporativa interna que en la SA y en la SRL).²

exclusión legal expresa.

² La regulación de la figura en la Ley 19/1989 tuvo amplia recepción doctrinal. Ver, en especial, ALBIÑANA GARCIA-QUINTANA, C. “Las sociedades comanditarias por acciones”, *CDC*, 1990, p. 5 y ss. ; LA CASA GARCÍA, R., “La posición jurídica del socio colectivo en la sociedad comanditaria por acciones”, *RGD*, n° 564 (1991), pp. 7671 y ss. ; DÍAZ GÓMEZ, M^a A., “Notas sobre la nueva regulación de la sociedad en comandita por acciones, Ley 19/1989”, *Diario La Ley*, 1990, p. 1 y ss. ; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La sociedad comanditaria por acciones (arts. 151 a 157 C. de c.)*, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. XIII, Civitas, Madrid, 1992, y voz “Sociedad Comanditaria por acciones”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, IV, pp. 6295 y ss. ; GÓMEZ CALERO, J., *La sociedad en comandita por acciones*, J. M^a Bosch, Barcelona, 1991, y “Sociedad en comandita por acciones sin socios comanditarios”, *DN*, n° 62 (1995), p. 14 y ss. ; GOXENS, A., GOYENS, M^a A., *Las sociedades limitadas y las comanditarias por acciones, alternativa a las pequeñas sociedades anónimas*, Miquel, Barcelona, 1990 ; SANCHEZ CALERO, F., “Elección del tipo societario: sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada y comanditaria por acciones”, en VV.AA., *El nuevo Derecho de sociedades y su incidencia tributaria*, Instituto Español de Consejeros Tributarios, Madrid, 1990, pp. 237 y ss. ; THOMACHEWSKI, R., “La nueva sociedad comanditara por acciones: una aproximación a sus principales problemas”, *RJC*, 1991, p. 641 y ss. ; VENTURA-TRAVERSE HERNÁNDEZ, A., “Sociedad comanditara por acciones”, *AAMN*, t. XXX, II, 1991, pp. 93 y ss. ; VERGEZ SÁNCHEZ, M. “El régimen jurídico de las Sociedades Comanditarias por acciones en el Anteproyecto de Ley de Reforma”, en VV.AA., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital. Reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 889 y ss.

1.2. Función actual

La comanditaria por acciones podría ser una respuesta a los problemas que se plantean en España y en Europa a los emprendedores y a las empresas familiares, en el contexto de la globalización, que a veces les ofrece oportunidades de negocio que exigen mucho capital³. Para ello es necesario regularla mejor, pasando del modelo normativo suizo-italiano al franco-alemán. A pesar de no haber conseguido el apoyo para una iniciativa legislativa desde entidades representativas de la empresa familiar, sigo pensando que sería conveniente para la financiación de estas empresas de arraigada tradición.⁴

Los problemas del emprendedor individual y de la empresa familiar son, esencialmente: 1º) la imposibilidad de obtener financiación a crédito mediante la emisión de obligaciones y de incorporar capital propio o de riesgo, mediante la emisión de acciones en el mercado de valores⁵; 2º) la dificultad de facilitar liquidez a los socios, que podría ofrecerles el mercado de valores, gracias a la “*marketability*” de las acciones (más allá de los estrechos límites del “bolsín” interno organizado por algunas sociedades familiares mediante la autocartera); y 3º) la existencia de tensiones en el colectivo de socios, que, en ausencia de unos estatutos sociales bien concebidos, conducen a la situación de “opresión” de la minoría, sin que ésta –más allá de poner pleitos repetitivos- pueda defenderse, salvo mediante el derecho de separación por justa causa, que no tampoco es el remedio ideal, porque merma el capital de la empresa.⁶

A la dificultad de aumentar la financiación al margen del mercado de capitales se han unido en la crisis las dificultades de la banca para conceder crédito. El Proyecto de Ley para el fomento de la financiación empresarial incorpora buenas ideas, como el preaviso de 3 meses a las PYMES que vayan a ver reducida en un 35% la financiación, la regulación del “*crowdfunding*”, o la derogación de la prohibición a las sociedades limitadas del derecho a emitir obligaciones y del límite cuantitativo de los fondos propios a todas las sociedades de capital. El Proyecto mejora también la regulación de los establecimientos de crédito, de los fondos y sociedades de titulización y de las

³ Un estudio de KPMG informa que el 62% de las grandes fortunas desean invertir en empresas familiares y el 44% ya lo ha hecho ; el 80% de las EF españolas han recibido este tipo de inversiones individuales, respetando la “privacidad de la familia” (KPMG, “Financiar el crecimiento de la EF a través de inversiones individuales”, basado en encuestas hechas en 29 países). Las EF españolas prevén crecer en 2014 el 31% en el exterior, el 24% en el interior y el 25% en ambos mercados. Su expansión en el exterior es del 74%, por encima de la media europea, que es del 59% (diario *Expansión*, 9-9-2014, p. 28).

⁴ Ver TÀPIES, J., *Empresa Familiar: ni tan pequeña, ni tan joven*, Fundacion Jesús Serra, Grupo Catalana Occidente, Barcelona, 2009, donde describe como casos de estudio varias empresas familiares famosas señalando sus líneas estratégicas (Acciona, Agrolimen, Barceló, Borges, Codorniu, El Corte Inglés, FCC, Ferrovial, Freixenet, Fuertes, Mercadona, Planeta, Puig, Roca, etc.).

⁵ El Proyecto de Ley de fomento de la financiación empresarial (BOCE. Congreso de los Diputados, X Legislatura, 17 octubre 2014, pp. 1-70) sólo elimina las trabas existentes a la emisión de obligaciones o bonos, al suprimir la prohibición a las sociedades limitadas de emitir obligaciones y a todas las sociedades de capital emitir las por importe superior al de sus fondos propios.

⁶ El art. 348bis LSC, en suspenso hasta el 31-12-2016, por la disposición final del RD Ley 11/2014, de 5 de septiembre (BOE del 6) puede considerarse una solución fallida (ver *Introducción*, cit., pp. 950-955 ; y en especial VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, quien propone con razón otros procedimientos para facilitar la salida de la minoría oprimida, siempre a cargo de la mayoría opresora y no del patrimonio social, pp. 55 y ss. sobre Derecho comparado, y 76 y ss., su propuesta de reforma legislativa).

sociedades de garantía recíproca. Debería añadir la recuperación de la comanditaria por acciones mediante su necesaria reforma para una economía que deberá recurrir a fondos propios en sustitución de la financiación bancaria, mirando otra vez hacia el modelo alemán. Por otro lado, el Derecho paraconcursal y concursal en caso de apalancamiento tiende a desplazar a los antiguos socios mediante la conversión de deuda en capital, con la dilución de su participación, incluso de la mayoría de control.⁷ La refinanciación de la comanditaria por acciones se funda en el patrimonio del socio colectivo, quedando las acciones de los comanditarios al margen de las medidas de reestructuración de la deuda.

La alternativa para la empresa familiar de cierta dimensión es la transformación, en su caso, de sociedad limitada en anónima para acceder a la condición de sociedad cotizada, pero esto plantea el riesgo de perder su carácter de sociedad familiar, es decir, gestionada bajo el control de una familia o grupo familiar durante varias generaciones.

Superar la sucesión familiar generacional conservando el control en la sociedad anónima cotizada es difícil debido, en primer lugar, a la prohibición legal de las cláusulas restrictivas a la libre transmisibilidad de las acciones. En cambio, es válida la limitación estatutaria del número máximo de votos que pueda ejercitar un accionista o un grupo de sociedades, que funciona como un blindaje para los accionistas con participación inferior.⁸ Pero estas cláusulas de blindaje caen ante una OPA dirigida sobre la sociedad cotizada, por disposición del art. 527 LSC.⁹ Tampoco aseguran el control familiar estable los pactos parasociales o sindicatos de voto y bloqueo, como el mismo protocolo familiar, aun en el caso de que su eficacia esté garantizada mediante prenda sobre las mismas acciones. Los pactos no aseguran la cohesión de los socios integrantes del grupo familiar tras el cambio generacional, porque no son susceptibles de sucesión *mortis causa*, por su naturaleza personalista (a los efectos del art. 1257 Cc.) y en aplicación analógica de las normas del contrato de sociedad, por ser como éste contratos de colaboración, sin que el pacto expreso de continuación con los herederos pueda impedir la renuncia de éstos a continuar en la sociedad (arts. 1704, 1700.4º y 1705 y 1707 Cc, aplicados por analogía).¹⁰

⁷ Remito a mi artículo “Desapalancamiento y Ley concursal: En torno a la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, de refinanciación”, RCP, nº 20, 2014 ; y otros publicados en el mismo número, correspondientes al III Congreso Internacional de Derecho Concursal organizado por dicha Revista.

⁸ El art. 515 LSC, introducido por RD Leg. 1/2002, de 2 de julio, que introdujo la prohibición de estas cláusulas limitativas del voto, dejó de existir con la reforma introducida por el apartado Dos de la Disposición Adicional 1ª de la Ley 1/2012, de 22 de junio (BOE del 23), de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, procedente del RDL 9/2012, de 16 de marzo (BOE del 17).

⁹ El art. 527 LSC actualmente dispone que “en las sociedades anónimas cotizadas las cláusulas estatutarias que, directa o indirectamente, fijen con carácter general el número máximo de votos que pueden emitir un mismo accionista, las sociedades pertenecientes a un mismo grupo o quienes actúen de forma concertada con los anteriores, quedarán sin efecto cuando, tras una oferta pública de adquisición, el oferente haya alcanzado un porcentaje igual o superior al 70 por ciento del capital que confiera derechos de voto, salvo que dicho oferente no estuviera sujeto a medidas de neutralización equivalentes o no las hubiera adoptado” (redacción dada por la disposición adicional 1ª de la Ley 1/2012, de 22 de junio (BOE del 23), de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital ; su anterior redacción declaraba nulas las cláusulas limitativas del derecho de voto, recogiendo el principio “one share one vote”).

¹⁰ El art. 213-21 del ACM no se pronuncia, y no parece necesario que lo haga, con tal de que subsista una adecuada regulación civil supletoria del Derecho mercantil en estas cuestiones básicas. Porque el ACM

La comanditaria por acciones podría dar estabilidad al control del grupo familiar a través de una sociedad limitada que asuma de manera permanente la gestión, con responsabilidad de socio colectivo, en tanto que la sucesión *mortis causa* de los socios se produce en las participaciones de la sociedad limitada, sin afectar a la estructura de la comanditaria por acciones. La sociedad limitada familiar nombrada administrador de la comanditaria por acciones, a diferencia de ésta cuando es sociedad cotizada, es una sociedad cerrada, por lo que dentro de ella son válidas y eficaces las cláusulas restrictivas a la libre transmisibilidad de las participaciones sociales. Su eficacia subsiste aun después de su transmisión *mortis causa*, a diferencia de los pactos parasociales.

La comanditaria por acciones podría servir también para la gestión de servicios públicos mediante sociedades con amplia participación de los ciudadanos como accionistas comanditarios, asumiendo la gestión el Ayuntamiento, como preveía la disposición transitoria tercera de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951¹¹, y como forma de sociedades financieras,¹² o deportivas (Borussia-Dortmund); o para organizar grupos cooperativos, asumiendo la cooperativa la función de socio colectivo.

No obstante, la comanditaria por acciones en el Derecho español tiene dos problemas: 1º) Su régimen sustantivo no es satisfactorio, y 2º) no reconoce su derecho a ser sociedad cotizada, a diferencia de otros Estados miembros, a pesar de que la normativa comunitaria no lo impide. Su desuso es la consecuencia racional.

2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA ESPAÑOLA

El régimen legal de la sociedad comanditaria por acciones en Europa aparece escindido entre dos modelos normativos, el que conserva su configuración como una figura mixta, mezcla de sociedad comanditaria simple y de sociedad anónima (Derechos francés, alemán y portugués, entre otros), y el que la asimila a la sociedad anónima, con la especialidad de que los accionistas nombrados administradores responden de las deudas sociales como si fueran socios colectivos (Derechos suizo, italiano y español).

no abunda en la aportación al Derecho de los contratos de grandes conceptos para su moralización (ver mi *Introducción*, cit., II, pp. 1525 y 1535-1937), que nuestra jurisprudencia tiene que construir en el vacío, como el incumplimiento esencial (STS 13 junio 2014, nº 299), la adaptación de los contratos, por ejemplo, en las modificaciones estructurales, la cláusula *sic rebus stantibus* o *hardship* (ST 30 junio 2014, nº 333), etc. Del mismo modo que carece de un régimen general de las sociedades en sentido amplio, incluyendo las de la Economía Social y las modificaciones estructurales heterogéneas.

¹¹ El Prof. Fernando SANCHEZ CALERO (ob. cit., p. 250) recuerda el único ejemplo de sociedad en comandita por acciones que sobrevivió a la LSA de 1951, dedicada al alquiler de viviendas, constituida en los años cuarenta en Bilbao, con un capital de 150 millones de pesetas, enorme para entonces, siendo el Ayuntamiento el socio colectivo y comanditarios accionistas los particulares que si poseían determinado número de acciones tenían derecho a tomar en alquiler una vivienda.

¹² Como el caso del Merkur Bank (banca privada), en Alemania. Así lo explica la Profesora VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., “El régimen jurídico de las Sociedades Comanditarias por acciones en el Anteproyecto de Ley de Reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la C.E.E. en materia de Sociedades”, en VV.AA., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 889-907.

La Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas sobre sociedades, optó por el modelo legislativo suizo-italiano, por considerarlo más evolucionado, sin comprobar sus limitados resultados en comparación con el modelo legislativo franco-alemán¹³ - y, además, con descuido en su regulación.¹⁴ El legislador, por otro lado, no ha revisado la regulación procedente de 1989, esencialmente transcrita de la italiana, a fin de –por ejemplo– incorporar las puntuales modificaciones introducidas por la reforma italiana de 2003 y en especial la regulación del órgano de control o consejo de vigilancia, que es esencial en esta figura, como demuestran las legislaciones de ambos modelos. Tampoco lo ha hecho en la más reciente Ley /2014, de Reforma del Gobierno Corporativo.

El Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) aprobado por RD Legisl. 1/2010, de 2 de julio (BOE del 3), hoy vigente, recoge la regulación de la comanditaria por acciones que aparecía concentrada en el Cdeco modificado por la Ley 19/1989, con una gran dispersión de sus especialidades en la regulación de cada una de las materias (arts. 1.4, 3.2, 6.3, 252, 294, 363.3, 392.2 y 401.1 LSC).

El ACM, aprobado por el Gobierno el 30 de mayo de 2014, supera esta dispersión, regulando de nuevo la figura de forma concentrada, en tres normas (arts. 236-1 a 236-3, Capítulo VI del Título III, del Libro Segundo), como una modalidad de Sociedad Anónima. Pero insiste en el modelo legislativo suizo-italiano, sin haber aprendido de su poco satisfactoria experiencia.

Ahora bien, si en Francia y Alemania la comanditaria por acciones está dando algunos buenos resultados, como sociedad no cotizada y como sociedad cotizada, el legislador español debería seguir su ejemplo, regulándola mejor, en ambos aspectos. Porque en la comanditaria por acciones española el emprendedor o “socio colectivo” necesita asegurarse la mayoría, igual que en las otras sociedades de capital, de lo contrario puede ser separado por la junta general modificando los estatutos sociales.

¹³ En empresas familiares y de otra naturaleza, con actividades tan diversas como las de Merck (medicamentos), Fresenius (aparatos de diálisis), Henkel (productos de limpieza, cosmética y adhesivos), Borussia-Dortmund (equipo de fútbol), Eurokai (transportes con contenedores) o Merkur Bank (banca privada), en Alemania ; o Michelin (neumáticos), Hermès (productos de regalo), Euro Disney (parques temáticos), Elio (restauración en áreas de servicio y aeropuertos) o Lagardère (editorial), en Francia. El relativo éxito de esta figura en estos dos países descansa hoy en especial en su acceso a la cotización en los mercados de valores sin que la familia emprendedora se arriesgue a perder el control permanente de la sociedad, ni siquiera en caso de OPA, a diferencia de las sociedades anónimas cotizadas.

¹⁴ Este descuido se advertía ya en la clasificación de las sociedades mercantiles establecida en el nuevo art. 122 Cdeco, distinguiendo tres formas de ellas, y como segunda forma “la comanditaria, simple o por acciones”, ignorándose a sí mismo, ya que en los arts. 151 a 157 Cdeco regulaba la comanditaria por acciones como una sociedad de capital (como ya advirtió el Profesor SANCHEZ CALERO, F., “Elección del tipo societario: Sociedad Anónima, Sociedad de Responsabilidad Limitada y Comanditaria por acciones”, en VV.AA., *Jornadas nacionales de estudio sobre el nuevo Derecho de sociedades y su incidencia tributaria*, Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, 1990, pp. 237-253, en especial, p. 238). Igualmente, en el error del art. 151 Cdeco al remitir a la responsabilidad de socio colectivo “en los términos previstos por los artículos 127 y 137” (sic, en lugar del artículo 237 Cdeco). Otros artículos se referían a “socios colectivos” (para requerir su consentimiento en cuatro supuestos de modificación estatutaria, o prever que su fallecimiento, cese, incapacidad o quiebra determinarían la disolución de la sociedad), cuando se trata de accionistas nombrados administradores de la sociedad. Pero los “socios colectivos” siguen en el texto de la LSC.

Con la agravante añadida de que –por un error de concepción–, en el acuerdo de separación no puede participar el accionista/administrador (art. 252.4 LSC-), de modo que en cualquier momento puede encontrarse en la calle. Debería parecer estúpido que un empresario o familia empresarial decida aportar su empresa a una comanditaria por acciones, y más estúpido aún que el legislador incluya este supuesto de hecho en su regulación legal.

Dicho esto, debemos reconocer también la complejidad que presenta la regulación de la comanditaria por acciones en el modelo franco-alemán. Así, en Francia, ante el hecho de que sólo hay constituidas unas cuatrocientas de estas sociedades (aunque son más numerosas que en los demás países) se reconoce que “este desinterés está ciertamente ligado a su funcionamiento, más complejo que el de la SRL o de la SA, en razón de la superposición de dos categorías de socios cuyos derechos y obligaciones son diferentes”. Aunque se señalan sus ventajas, como la posibilidad de acudir a capital de terceros sin arriesgar el control - ni siquiera, si es cotizada, por virtud de una OPA-, y de asegurar la sucesión familiar en la empresa.¹⁵ Pero la comanditaria por acciones ha tenido difusión en otros países europeos continentales.¹⁶

¹⁵ CHARVERIAT, A., COURET, y ZABALA, B., *Sociétés Commerciales 2014*, 45e. ed., Mémento Pratique Francis Lefebvre, Paris, 2013, p. 860 , nº 55520, 55521. La complejidad de su régimen justifica que legalmente no pueda constituirse por una duración superior a los 99 años (art. L 210-2 Cdeco ; ver ob. cit., p. 863, nº 55670). (Ver edición de 2014, sin cambios).

¹⁶ Como expone la Profesora VÉRGEZ SÁNCHEZ (nota 2), con apoyo en bibliografía clásica, la figura de la comanditaria por acciones pertenece al “core” del Derecho de sociedades del sistema de Civil Law (no existe en las legislaciones anglosajonas o de “Common Law”). Es resultado de la evolución de la figura medieval de la “commenda”, en la que el “commendator” invertía un capital para realizar un negocio, generalmente una expedición marítima, cuya gestión encargaba al “tractator” ; y de esa figura derivaron la sociedad comanditaria, con uno o varios “socios colectivos” gestores” y uno o varios socios comanditarios, meros capitalistas, y la “stille Gesellschaft” o contrato de asociación de cuentas en participación (en la que el “comanditario” quedaba oculto, operando en el mercado como empresa individual del “gestor” de dichas cuentas. La sociedad comanditaria, que en unos ordenamientos tenía personalidad jurídica y en otros no, dio lugar a otra división, en sociedad comanditaria simple y sociedad comanditaria por acciones. En ambas el comanditario limita su responsabilidad a la aportación prometida, pero en la segunda el capital aparece dividido en acciones y sometido al régimen de protección propio de las sociedades de capital. En los países de Common Law no ha tenido recepción la comanditaria por acciones, siendo una cuestión abierta la explicación de esta ausencia.

No obstante, está regulada en menos legislaciones europeas que la comanditaria simple. Así., en el libro, predominantemente descriptivo, de MAITLAND-WALKER, J., *Guide to European Company Law*, 3rd. ed., Thomson/Sweet&Maxwell, London, 2008, no incluye la sociedad comanditaria por acciones en Austria (pp. 23-64), Bélgica (pp. 66 y 91 y ss.), Croacia, Chipre, República Checa, Malta (p. 614 ss.), Rusia (p. 781 ss.), Noruega (p. 712 y ss.), Eslovaquia y Eslovenia, así como Reino Unido y República de Irlanda, entre otros. En algunos Estados se refiere a sociedades que parecen comanditarias simples. Así, Bulgaria regula en su Ley de comercio de 1991 una figura que traduce por “Partnership limited by shares”, con dos clases de socios, unos que son los únicos que pueden formar parte del consejo de administración (siendo obligatorio el sistema de administración unitario) y otros, los accionistas, que integran la junta general y son los únicos que pueden votar en ella (p. 107 y ss.). Lituania regula también una “Private limited by shares” (aunque parece que se refiere a una SRL) (p. 559 y ss.), Malta regula una “Partnership in commandite or Limited partnership”, cuyo capital comanditario puede estar dividido en acciones, que se regulan por las normas de la SA (p. 614). Noruega regula en su Ley de 13 junio 1977, nº 44 (Aksjeloven) 2 tipos de sociedades mixtas, la “kommanditt selkap” (comanditaria simple) y la “stilleskap” (cuentas en participación), pero la Ley de la misma fecha nº 45. sobre las “public limited co.” (allment aksjeselskap”), no parece que incluya una comanditaria por acciones (p. 712 ss.).

En cambio, Polonia sí que regula una sociedad comanditaria por acciones (“spółka komandytowo-akcyjna”), con un socio colectivo (“Komplementariusz”) y otros socios que son meros

accionistas ; pero todos los socios forman parte de la junta de accionistas. Es obligatorio el consejo de vigilancia si hay más de 25 accionistas. También Rumanía regula una “societate in comandita pe actiuni”, a las que se aplican las normas sobre “joint stock co” o SA, mientras que los socios colectivos están sometidos a las normas de la sociedad colectiva (p. 776-777).

El Código de Sociedades Mercantiles de Portugal en sus arts. 465 a 480 regula juntas la sociedad comanditaria simple y por acciones. En ambas el socio colectivo (“socio comanditado”) responde de todas las deudas sociales y en las comanditarias por acciones las participaciones del “comanditado” son “partes sociales” y las de los “socios comanditarios” son acciones (MENEZES CORDEIRO, A., *Direito das Sociedades, II, Das Sociedades em Especial*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, I, pp. 217, informa que en conjunto según el censo de 2004 había 16, con 383 trabajadores y 53 Mi de euros cifra de negocios, algo más de las 9 existentes en 2000, pero con un descenso en el número de trabajadores. Por eso sólo se ocupa de ellas OLAVO CUNHA, P. *Direito das Sociedades Comerciais*, 3ª ed, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 79-80). A estas legislaciones hemos de añadir las cuatro del modelo suizo-italiano y franco-alemán.

Sobre el Derecho suizo, ver : MEIER-HAYOZ, A. y FORSTMOSER, P., *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 9. Aufl., Stämpfli Verlag AG, Bern, 2004, pp. 477-484. La propuesta realizada en los estudios para la reforma del Derecho de sociedades de suprimir esta figura fue rechazada porque a pesar del escaso número de entidades constituidas en la práctica cubre una necesidad (ob. cit., pp. 477-478). Ver también <http://www.kommanditgesellschaft.ch/>, Exkurs: kommanditaktiengesellschaft (KommAG).

Sobre el Derecho italiano y su Reforma de 2003 : CERRATO, S. A., en *Il nuovo diritto societario*, Comment. diretto da Gastone Cottino, Guido Bonfante, Oreste Cagnasso e Paolo Montalenti ; Zanichelli Ed., Torino, 1ª ed. 2004 (reimpresión 2008), p. 1703 ; GALGANO, F., “Il nuovo diritto di società, en *Tratt. Dir. Comm. e dir. Pubbl. Eco*, diretto da Galgano, CEDAM, Padova, 2003, pp. 471 ; y SANTI, E., en *Il nuovo diritto delle società (Comentario sist. al D. lgs 17 gennaio 2003, n. 6, aggiornato al D. lgs. 28 dicembre 2004, n. 310)*, a cura di Alberti, M., CEDAM, Padova, III, 2005, pp. 1717 a 1725. BERTUZZI, M., BOZZA, G. y SCUMBATA, G., *La riforma del diritto societario*, a cura di LO CASCIO, G., Giuffrè., Milano, 2003, vol. 7, sub art. 2452, p. 229. ABRIANI, N. en VV.AA., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 176, comenta que : “la apetencia por la s.c.p.a. parece atenuada a consecuencia de la reforma ... que por un lado permite conseguir los mismos objetivos de estabilidad de gobierno recurriendo a la más dúctil nueva SRL ; (y) por otro introduce un régimen de responsabilidad de las sociedades que ejercen dirección y control (en el régimen de los grupos de sociedades) que está destinado a aumentar el riesgo de asunción de obligaciones por parte de la holding y, por tanto, donde revistan la forma de SA sus “accomandatari” (o socios colectivos)”.

Sobre el Derecho francés : CHARVERIAT, A., COURET, A. y ZABALA, B., *Sociétés Commerciales 2014*, 45e. ed., Mémento Pratique Francis Lefebvre, Paris, 2013, pp. 864-868., n° 56500 a 56860, y COZIAN et alii., *Droit des sociétés*, cit., pp. 359-373. Sobre la historia de la figura, VIANDIER, A. y otros, *La société en commandite entre son passé et son avenir*, LITEC, Creda, 1983. Existen unas 400 comanditarias por acciones, con unas 20 cotizadas.

Sobre el Derecho alemán : MAIBERG, H., *Gesellschaftsrecht*, 7. Aufl., R. Oldenburg Verlag, München-Wien, 1990, pp. 343-347 ; HUECK, G. y WINDBICHLER, C., *Gesellschaftsrecht*, 20. Aufl., Verlag C.H. Beck, München, 2003, pp. 446-450 ; MERTENS, J., CAHN, A., Kölner Kommentar, 2. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-München, 2004, §§ 278-290 AktG (pp. 139-309) ; HUECK/WINDBLICHER, *Gesellschaftsrecht*, 22. Aufl., 2009 ; y KÜBLER/ASSMANN, *Gesellschaftsrecht*, 6. Aufl., 2006. Existen unas 240 comanditarias por acciones, de ellas unas 20 cotizadas. Entre las 100 empresas más grandes, en 2010 había 67 Aktiengesellschaften, 7 GmbH, 5 Comanditarias por acciones, 6 Comanditarias Simples, y 6 Sociedades Europeas.

Especial interés tienen como ejemplo los estatutos sociales de Henkel AG & Co. KGaA, domiciliada en Düsseldorf (redacción de 20 de abril de 2009), con un capital social de 437.958.750 euros, “no par value”, de ellas 259.795.875 ordinarias al portador y 178.162.875 euros sin voto, también al portador (art. 6 Est.). Una parte de las acciones ordinarias poseídas por la Familia Henkel está sometida a las restricciones a la transmisibilidad derivadas del contrato de pool de dicha familia (art. 7). El socio colectivo es Henkel Management AG, Düsseldorf (es decir, una sociedad anónima) dedicada en exclusiva a la administración de Henkel AG & Co. KGaA (art. 8). La Junta general de accionistas ordinaria aprueba las cuentas anuales, la aplicación del resultado, la gestión del Socio colectivo, del Consejo de Vigilancia y del Comité de Accionistas (órgano creado por los Estatutos) y elige a los auditores (art. 18). Salvo en lo regulado por normas imperativas las relaciones entre la sociedad y el socio colectivo se rigen por un acuerdo entre éste y el Comité de Accionistas, integrado por entre 5 y 10 miembros elegidos por cuatro años por la Junta de accionistas (arts. 26 y ss.), que incluye por delegación de la Junta la aprobación de

3. LOS PROYECTOS DE REFORMA Y LA LEY DE REFORMA DEL GOBIERNO CORPORATIVO

El legislador español no ha manifestado interés por mejorar la regulación de la comanditaria por acciones ni en la Ley 19/1989 ni en las leyes y proyectos posteriores.

El Anteproyecto de Código General de Sociedades Mercantiles de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia publicado el 6 de noviembre de 2002 dedicaba el Título II a la comandita simple (arts. 191 a 200) y el Título IV a la comanditaria por acciones (arts. 322 a 327), manteniendo en lo esencial la regulación actual (arts. 151 a 157 Cdeco, recogidos ahora en diversos preceptos de la citada LSC), y su misma ambigüedad, al referirse a los “socios colectivos” que han de figurar en los estatutos sociales (art. 324), que están a cargo de la administración de la sociedad (art. 325). El art. 326.1 dispone que “el administrador asumirá la condición de socio colectivo (sic) desde el momento en que acepte el nombramiento” y el art. 327.2, que ha de consentir la modificación de estatutos consistente en la modificación del régimen de administración o el nombramiento de administradores.

El art. 327.3 del Anteproyecto de 2002 conservaba la misma norma –errónea– sobre conflicto de intereses socio/sociedad. “En los acuerdos que tengan por objeto el cese de un administrador, *el socio afectado deberá abstenerse de participar en la votación*” (cursiva añadida). Esta norma –suprimida en el ACM¹⁷– viene a poner el gobierno de la sociedad en manos de la junta general de accionistas, en especial si el administrador (=socio colectivo) es único –por ejemplo, una sociedad limitada. Aun en el caso de que el accionista/administrador llamado “socio colectivo” tuviera la mayoría del capital social, habría de abstenerse, bajo sanción de nulidad del acuerdo.

El Anteproyecto de 2002, además, no incorporaba el órgano de control o de vigilancia que caracteriza a esta figura tanto en el modelo franco-alemán como en el suizo-italiano, en protección de los accionistas comanditarios.

Por último, la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (BOE del 4), por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo, en vigor desde el 24 de diciembre de 2014, incide poco en el régimen de la comanditaria por acciones, puesto que deja vigentes las normas especiales que la regulan, a diferencia

actos de administración extraordinaria importantes (art. 25) y la retribución de los miembros del órgano de administración del socio colectivo (art. 9). El Consejo de Vigilancia o el Comité de Accionistas están facultados para modificar los estatutos (art. 34). Después de destinar el 50% del resultado a reservas el resto podrá destinarse a dividendos, pagando un dividendo preferente a las acciones privilegiadas o sin voto (“Vorzugsaktien”), que en todo o en parte podrá pagarse en especie (acciones) y no en efectivo (art. 35). (Ver su página web sobre su organización, actividad y evolución de sus dos clases de acciones, preferentes y ordinarias).

¹⁷ El art. 231-68 ACM enumeraba –en relación con las sociedades de capital– cinco supuestos de conflicto de intereses socio-sociedad en los que prohíbe al socio emitir el voto (dispensa de restricciones a la transmisibilidad de acciones o participaciones, su exclusión de la sociedad, liberación de una obligación o concesión de un derecho, cualquier prestación de asistencia financiera o dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad ex art. 215-30-. En otros supuestos, acreditado el conflicto por el demandante, al demandado le incumbe la carga de la prueba, excluyéndole el art. 231-68.3 de esta carga en “los acuerdos relativos al nombramiento, el cese, la revocación y la exigencia de responsabilidad de los administradores y cualesquiera otros de análogo significado en los que el conflicto de interés(es) se refiera exclusivamente a la posición que ostenta el socio en la sociedad...”.

del ACM, que las suprime casi todas. Es necesario distinguir cuando se aplican las normas generales de las sociedades de capital y las especiales de la comanditaria por acciones.

(a) Como consecuencia de la aplicación de las nuevas normas de la LSC se refuerza la competencia de la Junta General, siendo ésta exclusiva para la adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos esenciales (art. 160.f) LSC) y –salvo disposición contraria de los estatutos- la Junta General está facultada para impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización las decisiones de éste, sin perjuicio –si falta- de la protección a los terceros contratantes (art. 234 LSC). El art. 252.1 LSC no ha sido modificado y por tanto no existe ninguna especialidad en este punto con respecto a la sociedad anónima. No cabe duda que, con ello, la posición del accionista administrador (con responsabilidad de socio colectivo) queda rebajada. Pero si la disposición sobre activos esenciales parece compatible con la naturaleza de la comanditaria por acciones, no lo parece tanto que el llamado “socio colectivo” se vea constreñido por las instrucciones de la junta de accionistas comanditarios. Al menos si no se ha previsto así en los estatutos sociales.

(b) En materia de conflicto de intereses el art. 252, apartado 2, LSC, aplicable a la comanditaria por acciones, sigue vigente. La separación del accionista administrador (con responsabilidad de socio colectivo) exige la modificación de los estatutos y si se produce sin justa causa tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios. El apartado 4 establece que “en los acuerdos que tengan por objeto la separación de un administrador el socio afectado (es decir, el accionista administrador) deberá abstenerse de participar en la votación”. La norma no ha sido derogada por la Ley 31/2014, pero, además de su dudosa constitucionalidad (por atentar al derecho de propiedad - art. 33 CE-, que incluye el poder de gestión), aparece en conflicto de valoración con la regulación introducida en esta materia por el nuevo art. 190 LSA, pero no es éste el que se aplica, sino el 252 LSC, por ser norma especial. Según el art. 252.4 LSC el accionista administrador, tiene prohibido votar en el acuerdo de su separación, de modo que en cualquier momento puede encontrarse en la calle, quedando a expensas de poder conseguir la indemnización que le reconoce el art. 252.2 si demuestra que la separación es injusta y el perjuicio causado.

4. PECULIARIDADES DE SU RÉGIMEN LEGAL

El régimen legal de la comanditaria por acciones es complejo, y más aún con las dudas que presenta su regulación, desperdigada en los arts. 1.4, 3.2, 6.3, 252, 294 363.3, 392.2 y 401.1 LSC, con peculiaridades no siempre justificadas por su naturaleza.

1.- El capital social mínimo es el mismo que el establecido para la sociedad anónima, 60.000 euros (art. 4.2. LSC, en aplicación del art. 2.2. LSC, antes transcrito), frente al de 3.000 euros la limitada, lo que constituye un obstáculo injustificado a su expansión.

2.- Se constituye mediante escritura e inscripción en el Registro Mercantil (art. 20 LSC), en la que constarán+ las menciones del art. 213 RRM y las aplicables a ella de

la S.A. (art. 215 RRM). Los fundadores serán todos accionistas, porque todos suscribirán una o varias acciones, y al menos uno de ellos habrá de ser, además, administrador originario y, con ello, asumirá la responsabilidad propia de “socio colectivo”, que tiene “las facultades, los derechos y deberes de los administradores en la sociedad anónima” como establece el art. 252.1 LSC, pero del régimen jurídico de socio colectivo establecido en el Código de comercio en la regulación de la sociedad colectiva y de la sociedad comanditaria simple no les queda más que la facultad de incluir su nombre en la denominación social y la responsabilidad por las deudas sociales propias del socio colectivo. No existen “socios colectivos”, que realicen aportaciones al capital de explotación de la sociedad –no al capital social- y que conserven su condición de socio colectivo independientemente de que sean o no nombrados administradores sociales.

3.- No parece, en cambio, que pueda haber otros socios que, siendo accionistas, ostenten la condición de socios colectivos sin ser administradores, ni siquiera bajo condición suspensiva de adquirir la condición de socios colectivos, cuando eventualmente sean designados por la Junta general y acepten el cargo de administradores. Cuando la LSC se refiere a “socios colectivos” –en especial, para exigir su consentimiento para algunas modificaciones de estatutos- debe entenderse que menciona a aquellos accionistas que han sido nombrados administradores –asumiendo desde la aceptación del cargo la responsabilidad propia de “socios colectivos”.

La LSC no contempla “socios colectivos” que, sin asumir la condición de administradores, puedan seguir formando parte de la sociedad, desde su constitución a su disolución, participando, al menos, en el ejercicio de la facultad que reconoce la LSC a los socios colectivos de prestar su necesario consentimiento para la modificación de cuatro relevantes de modificaciones sociales. Porque el art. 262.3 LSC (procedente del art. 155.3 Cdeco) establece que “el cese del socio colectivo como administrador pone fin a su responsabilidad ilimitada con relación a las deudas sociales que se contraigan con posterioridad a la publicación de su inscripción en el Registro Mercantil”. A pesar de la ambigüedad de los arts. 252.1 y 294, no hay accionistas/socios colectivos per se.

4.- La comanditaria por acciones no puede constituirse como sociedad unipersonal, aunque podrá subsistir como tal con un único accionista, con tal de que constituido en junta se designe como administrador, quedando sometido a la responsabilidad de socio colectivo ¹⁸- Por el contrario, la desaparición de todos los “socios colectivos” (es decir, los accionistas nombrados administradores), constituye causa de disolución, con un período de espera de 6 meses para recomponer la estructura

¹⁸ En este sentido, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La Sociedad Comanditaria por acciones*, cit., 1992, p. 185: “su fundamento descansa básicamente en el régimen de responsabilidad ilimitada a que quedan sujetos *ministerio legis* los socios encargados de la gestión” ; y *Derecho de sociedades*, 2010, cit., p. 1510. El Prof. Juan GÓMEZ CALERO ante el contrasentido de que una sociedad continuase funcionando como sociedad anónima, pero con un socio o socios respondiendo personalmente de las deudas sociales (ya que no admitía su transformación automática en sociedad anónima), proponía su disolución, salvo que en el plazo de 6 meses se recompusiera el colectivo de accionistas comanditarios, aplicando por analogía el régimen de disolución para el caso de cese o desaparición de todos los socios colectivos. (“Sociedad en comandita por acciones sin socios comanditarios”, *Derecho de los Negocios*, año 6, núm. 62, pp. 14-15.

societaria (art. 363.3 LSC).

5.- Según dispone el art. 285.1 LSC, “cualquier modificación de los estatutos será competencia de la junta general”, norma aplicable a todas las sociedades de capital y por tanto también válida para la Junta general de accionistas de la sociedad comanditaria por acciones, con carácter general, salvo las cuatro modificaciones de estatutos que según el art. 294 LSC que exigen el consentimiento expreso de todos los socios colectivos, que son concretamente las siguientes: (i) el nombramiento de administradores, (ii) la modificación del régimen de administración, (iii) el cambio de objeto social (concepto que se considera más amplio que el de la absoluta “sustitución del objeto social”, como supuesto de nacimiento del derecho de separación del accionista), y (iv) la continuación de la sociedad más allá del término previsto (en su caso) en los estatutos. El art. 294 LSC, que “el acuerdo será preciso que haya sido acordado por la junta general, con los requisitos establecidos en esta ley, y también con el consentimiento de todos los socios colectivos” (o sea, los previamente nombrados administradores). Las demás modificaciones sociales, tanto las estatutarias como las estructurales (transformación, fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo, traslado de domicilio social, reguladas por la Ley 3/2009, LME), son decididas por mayoría por la Junta general de accionistas, sin necesidad del consentimiento de los socios colectivos. Ello sin perjuicio de que en ocasiones puedan necesitar del consentimiento de los accionistas afectados si les imponen obligaciones nuevas.¹⁹ En caso de transformación el accionista administrador tiene derecho de separación (art. 15 LME).

6.- La administración de la sociedad (que comprende su “gestión” y “representación” y la “iniciativa institucional”) según el art. 252 LSC “ha de estar necesariamente a cargo de los socios colectivos”, es decir, accionistas/administradores de la sociedad, que responden además como “socios colectivos”. El órgano de administración podrá adoptar cualquiera de las formas o estructuras reguladas en la LSC., pero la LSA no prevé que accionistas nombrados administradores designen a los administradores sociales efectivos. Su nombramiento será en el momento constitutivo, o en un momento posterior, siempre por la junta de accionistas comanditarios –no cabe la cooptación, ni el ejercicio del derecho de representación proporcional de los accionistas, exclusivos de la sociedad anónima-, y su nombramiento será indefinido. El cese en el cargo se producirá por las causas generales, según se trate de personas físicas o jurídicas. Su separación exige acuerdo de junta de accionistas comanditarios, pero como comporta la modificación de estatutos deberá seguir el procedimiento de ésta. Y el accionista administrador separado podrá exigir los daños y perjuicios sufridos si se produjo sin justa causa. El art. 252.3 LSC añade que “el cese del socio colectivo como administrador pone fin a su responsabilidad ilimitada con relación a las deudas sociales que se contraigan con posterioridad a la publicación de su inscripción en el Registro Mercantil (régimen que toma del art. 220 Cdeco, y que debe completarse con el art. 21.1

¹⁹ Así, la Res. DGRN de 24 octubre 2005 (BOE 7 diciembre) declara la validez de la modificación de las prestaciones accesorias de una comanditaria por acciones, adoptada con la mayoría exigida por la LSA (en el caso, acuerdo unánime del 56% del capital que asistió a la Junta), pero obliga sólo a los accionistas que votaron a favor.

Cdeco., es decir, haciendo efectivo el cese de responsabilidad frente a terceros de buena fe sólo desde la publicación de la inscripción del cese en el Boletín Oficial del Registro Mercantil).

El art. 252.4 LSC establece que “en los acuerdos que tengan por objeto la separación de un administrador el socio afectado deberá abstenerse de participar en la votación”. La norma se refiere al accionista/administrador afectado por el acuerdo de separación. En caso de violación de esta prohibición la sanción no debería ser tanto la nulidad del acuerdo (que con el voto del accionista en conflicto ha rechazado la separación del administrador), sino la nulidad de los votos del socio en conflicto y la convalidación en forma de un acuerdo de separación, al menos si, aplicada la llamada “prueba de resistencia”, los votos del accionista administrador fueron decisivos para rechazar la separación. Como hemos anticipado, esta obligación de abstención nos parece inconstitucional y contraria a la esencia de la comanditaria por acciones.²⁰

Al accionista administrador debe reconocerse libertad de renunciar al cargo, por las responsabilidades que conlleva, en aplicación de las normas de la sociedad anónima²¹.

7.- El art. 363.3 LSC establece que la sociedad se disuelve, además de por las causas de toda Sociedad Anónima (art. 360, 361.2 y 363 LSC), por fallecimiento, cese, incapacidad o apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores de todos los socios colectivos (seguramente, por la evidente “desaparición” del órgano de administración que, al igual que la Junta general, es un órgano social necesario, y, con él, de los accionistas que responden como socios colectivos, elemento indispensable para que exista sociedad comanditaria por acciones). La sociedad se disuelve salvo que en el plazo de 6 meses y mediante modificación de los estatutos se incorpore algún socio colectivo o se acuerde la transformación de la sociedad en otro tipo social.

Aquí existe una importante laguna de regulación, difícil de remediar, dado que en el régimen legal español no existe un órgano de control como el “Collegio Sindacale” italiano que, en tales circunstancias (y por un período máximo de 180 días, tras la reforma de 2003, en lugar de los seis meses anteriores) nombra un administrador para que se encargue de la administración de los asuntos ordinarios y sin la responsabilidad ilimitada propia de socio colectivo. La solución de que se convoque una junta general judicial que proceda al nombramiento de un administrador con estas características es la única que parece viable en nuestro Derecho.²² Por consiguiente,

²⁰ En sentido contrario, el Prof. FERNANDEZ DE LA GÁNDARA opina que “de forma diversa a cuanto sucede en relación con la acción social de responsabilidad –supuesto en que la ausencia de una prohibición legal de que los administradores acusados puedan tomar parte con sus acciones en la votación relativa a su propia responsabilidad se suple, como es sabido, con diversos mecanismos destinados a impedir que en el ejercicio de este derecho tenga lugar un desplazamiento de la mayoría (GARRIGUES, OLIVENCIA, *ComLSA* II, 177)- los redactores de la LRA han creído oportuno formular expresamente una específica obligación de abstención, dando así solución formal al conflicto de intereses que nos (*La Sociedad comanditaria por acciones*, op. cit., 1992, pp. 193-194).

²¹ En este sentido, LA CASA, op. cit., p. 7705, contra la opinión de FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades*, op. cit., p. 1512.

²² FERNANDEZ DE LA GÁNDARA, L. “*La sociedad comanditaria por acciones*”, op. cit., 1992, pp. 224-226, y PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C. “*Curso de derecho mercantil*”, op. cit., 2006, pp. 772-773, entienden, en efecto, que la Junta general podrá nombrar un administrador provisional que se encargue de

entre tanto, la gestión cotidiana sólo podrá estar asegurada por el Director general y otros apoderados, que fueron nombrados por los administradores cesados.

8.- En la sociedad comanditaria por acciones, de acuerdo con su régimen legal, los accionistas administradores asumen tres clases de responsabilidad civil:

1ª) Responsabilidad civil como administrador social, el art. 252.1 LSC establece que “la administración de la sociedad ha de estar necesariamente a cargo de los socios colectivos, quienes tendrán las facultades, los derechos y deberes de los administradores en la sociedad anónima. El nuevo administrador asumirá la condición de socio colectivo (sic, aunque no es rigurosamente cierto: no la condición, sino la responsabilidad) desde el momento en que acepte el nombramiento”. El art. 252.1 LSC no remite expresamente al régimen de responsabilidad (“... tendrán las facultades los derechos y deberes de los administradores de la sociedad anónima” de los administradores de sociedad anónima, pero éste debe considerarse incluido en su remisión a los “deberes” de los administradores de sociedad anónima, del mismo modo que la doctrina interpretaba el art. 69.1 LSRL 2/1995 antes de la entrada en vigor de la LSC. Si se hubiera de interpretar que los accionistas de la sociedad comanditaria por acciones que asumen el cargo de administradores de la sociedad no responden como administradores de sociedad anónima sino sólo como socios colectivos la legislación española –ahora, la LSC- contendría una grave laguna, ya que un socio colectivo, tanto si asume la gestión social como en caso contrario, no responde (arts. 127 y 237 Cdeco) con el mismo rigor que los administradores de las sociedades de capital. Y es evidente que la sociedad comanditaria por acciones es uno de los tres tipos de sociedades de capital regulados por la LSC. Esta laguna sólo se explica por la confusa pervivencia de una pieza del modelo normativo anterior a 1989 –la del “socio colectivo” permanente- quizás no suficientemente comprendida y en parte incrustada en la vigente regulación.

En el caso de que sea nombrado accionista administrador una persona jurídica – una sociedad de responsabilidad limitada es lo habitual- es indispensable el nombramiento de una sola persona física representante permanente de dicha persona jurídica, y esta asume solidariamente con la persona jurídica administrador la responsabilidad propia de administrador. La Ley 31/2014 de 3 de diciembre (BOE de 4), en vigor desde el 24 de diciembre, ha puesto fin a una situación legislativa en la que doctrina y jurisprudencia negaban esta solidaridad. En su nueva redacción el art. 236 LSC, en su apartado 5 establece: “la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador” (énfasis añadido). De acuerdo con su contexto la responsabilidad solidaria sólo puede referirse a la responsabilidad propia de administrador, derivada de culpa propia en su conducta (generalmente, de la persona física representante) y con daño, (arts. 236 a 241

la administración ordinaria y que la desaparición de todos los accionistas no administradores no constituye causa de disolución, pudiendo subsistir incluso como sociedad unipersonal, siempre que el único accionista asuma la administración de la sociedad.

y 367 LSC) y no a la que en el caso de comanditaria por acciones soporta el accionista administrador como “socio colectivo”.²³

2ª) Responsabilidad civil como socio colectivo : Es una responsabilidad civil objetiva, no derivada de la conducta del administrador, ilimitada y solidaria entre los administradores, y subsidiaria, es decir exigible previa excusión del patrimonio de la sociedad (arts. 127 y 237 Cdeco); siempre por la totalidad de las deudas sociales tanto las contraídas con anterioridad al comienzo del ejercicio del cargo como después de su cese en el mismo, hasta la inscripción del cese en el Registro Mercantil o, mejor dicho, hasta la publicación en el BORME (art. 220 y 21.1 Cdeco). No se puede compartir la opinión de que sólo responden de las deudas sociales que se contraigan durante el período en que está encargado de la gestión social ²⁴. Esta responsabilidad no se puede limitar, en ausencia de norma legal expresa. No obstante es aconsejable atribuir la condición de accionista administrador a una sociedad con responsabilidad limitada, de modo que la sociedad responderá con todo su patrimonio como socio colectivo, pero sus socios –en su caso, la familia emprendedora- no responderán personalmente, sino sólo por las aportaciones realizadas. El art. 236.5 LSC, al hacer solidariamente responsable a la persona física con el administrador persona jurídica se refiere a la responsabilidad como administrador y no a la objetiva como socio.

3ª) Responsabilidad como accionista (limitada a la obligación de desembolso pendiente de las acciones suscritas, en su caso).

En suma, la sociedad comanditaria por acciones es esencialmente una sociedad anónima reforzada con la responsabilidad como socios colectivos de los accionistas que ejercen el cargo de administradores sociales. A cambio, estos ejercen la gestión de la sociedad.

5. LA COMANDITARIA POR ACCIONES EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil aprobado por el Gobierno el 30 de mayo de 2014 (PCM) simplifica al máximo la regulación de la comanditaria por acciones, aunque sin abandonar el modelo suizo-italiano. Su art. 211-1 enumera entre las Sociedades Mercantiles la “Sociedad Comanditaria por Acciones” (art. 211-1.1.e), añadiendo que su denominación indicará el tipo social, en su caso con la abreviatura “S.com.p.A.” (art. 212-5.2.e). El ACM no añade ninguna especialidad más en el Capítulo I del Libro Segundo, -las disposiciones generales aplicables a las sociedades mercantiles-, ni en el Capítulo II, dedicado a las “sociedades de personas” (la colectiva y la comanditaria simple: art. 221-1 ACM; ver arts. 222-2 a 222-7 sobre la comanditaria simple). Según el art. 231-1.4 ACM “el capital, que estará dividido en acciones, se

²³ Como observa PAZ-ARES, op. cit., p. 769, en relación con la situación legislativa anterior, en que sólo se planteaba la cuestión en relación con la responsabilidad como socio colectivo.

²⁴ Defendida por LA CASA, op. cit., p. 7693, siguiendo la doctrina en Italia de Renzo COSTI, y, en España, URÍA y DÍAZ GÓMEZ.

integrará por las aportaciones de todos los socios, uno de los cuales, al menos, responderá personalmente de las deudas sociales como socio colectivo”.

El Capítulo VI, “de las sociedades comanditarias por acciones” dedica tres normas a esta figura. El art. 236-1 (“Régimen legal”) establece que “se regirán por las normas específicamente aplicables a este tipo social y, en lo que no esté en ellas previsto, por lo establecido en este Código para las sociedades anónimas”. El art. 236-2 (“Estatutos sociales”) dispone que “expresarán, además de las menciones comunes a toda clase de sociedades mercantiles y de las previstas para las sociedades de capital, la identidad de los socios colectivos” (sic). El art. 236-3 (“Adquisición y pérdida de la condición de socio colectivo”) añade: “1. El administrador asumirá la condición de socio colectivo desde el momento en que acepte el nombramiento. 2. El cese del administrador por acuerdo de la junta de socios requerirá la modificación de los estatutos sociales. Si el cese tuviera lugar sin justa causa, el socio (colectivo) tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios. 3. El socio que hubiere cesado como administrador no responderá de las deudas sociales que se contraigan con posterioridad a la publicación de la inscripción de su cese en el Registro Mercantil”. La norma no coincide con la general dedicada al régimen de responsabilidad del socio colectivo cuando pierde su condición, aunque su régimen tiene que ser lógicamente el mismo, con una adecuada interpretación de las normas sobre publicidad registral²⁵. Como se observa, el ACM suprime la norma que prohibía votar al accionista administrador sometido a acuerdo de separación. Sin embargo, si no tiene la mayoría de capital, ésta puede separarle del cargo modificando los estatutos –nombrando a otros-. Esta norma es

²⁵ El art. 221-22 PCM en relación con la sociedad colectiva expresa que “la persona que pierda la condición de socio colectivo no responderá de las deudas sociales posteriores al *día de la pérdida de esta condición*, aunque su nombre o seudónimo se mantenga en la denominación social ... 3. La adquisición y pérdida de la condición de socio habrá de constar en escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil, con expresión de la identidad de la persona que hubiera adquirido o perdido dicha condición”. En aplicación de las normas sobre publicidad registral los efectos de la extinción de esta responsabilidad sólo pueden oponerse a los acreedores desde el momento de la publicación de la pérdida de la condición de socio colectivo en el Registro Mercantil.

²⁵ Con independencia de las reservas que nos merece el Proyecto de Código Mercantil: 1º) abandona la vía de la unificación del Derecho privado español que la Ley concursal inició en 2003 y magnifica en cambio la presunta “misión” de levantar una fortaleza frente a algunas Comunidades Autónomas en el desarrollo de su Derecho civil propio ; 2º) para ello amplía el concepto de “legislación mercantil” seguido por el constituyente en el art. 149.1.6ª CE, añadiendo la regulación de todas las formas jurídicas de empresa cuando desarrollen una “actividad empresarial” (cooperativas, pero también asociaciones y fundaciones) y de todas las relaciones contractuales mixtas, emprendedor/no emprendedor (B-to-C), como atajo a la necesaria reforma constitucional en materia de competencias legislativas ; y 3ª) su redacción actual lo aleja de un Código omnicompreensivo o thesaurus, como el vigente Code de Commerce francés, dejando fuera multitud de leyes, entre ellas toda la legislación sobre transportes, la concursal y paraconcursal, la de defensa de los consumidores y muchas otras (ver disposición derogatoria única, a.c.s.). Es, por ello, un proyecto inoportuno en un momento histórico de necesario consenso para la inaplazable reforma constitucional en clave federal, sobre todo en materia de competencias legislativas (que han motivado buena parte de las 58 reformas que ha sufrido la Constitución alemana de Bonn de 1949: ver CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., en SOLOZÁBAL, J. J., *La reforma federal. España y sus siete espejos*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2014, pp. 159-201). Sobre la necesidad de una reforma de la Constitución para resolver el problema territorial remito en especial a MUÑOZ MACHADO, S., *Cataluña y las demás Españas*, Crítica, Barcelona, 2014.

característica del sistema suizo-italiano, pero no añade la exigencia del consentimiento de los demás “socios colectivos” –caso de que existan- para su cese.

La disposición transitoria segunda establece que “antes del 31 de diciembre de 2015 las sociedades cotizadas deberán adaptar (dice adoptar) los estatutos sociales, el reglamento de la junta general de accionistas y el reglamento del consejo de administración a lo establecido en este Código”, sin aclarar si incluye las comanditarias por acciones.

La regulación de la comanditaria por acciones en el ACM no constituye una alternativa válida a las demás sociedades de capital²⁶. Es necesario modificar su escueta regulación en los arts. 236-1 a 236-3 ACM, por otra más amplia, y que incorpore el modelo legislativo franco-alemán –en el que el socio colectivo no puede ser separado en ningún caso por la junta general de accionistas comanditarios- y regulando su estatuto especial como sociedad cotizada. No basta con que en el modelo suizo-italiano que sigue el ACM el régimen de conflicto de intereses socio-sociedad en las sociedades de capital, que le sería aplicable, suprima la prohibición al conflictuado de votar en el acuerdo de separación o de responsabilidad, sustituida por la inversión de la carga de la prueba de que no tiene un interés contrario al de la sociedad.

El art. 231-68 ACM regula los conflictos de intereses socio/sociedad únicamente para las sociedades de capital y enumera taxativamente sólo cinco supuestos, en los únicos que prohíbe al socio emitir el voto: la dispensa de restricciones a la transmisibilidad de acciones o participaciones, su exclusión de la sociedad, liberación de una obligación o concesión de un derecho, cualquier prestación de asistencia financiera o dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad ex art. 215-30-. Junto a ellos admite otros posibles supuestos, de forma abierta, en los cuales, acreditado el conflicto por el demandante, incumbe al demandado la carga de la prueba. Aunque la norma no incluye una definición legal del concepto de conflicto de intereses socio/sociedad, se desprende de ella que está relacionado con el riesgo de lesión a la causa o fin de lucro de la sociedad. En efecto, el art. 231-68.3 establece que “de esta regla (de inversión de la carga de la prueba) se exceptúan los acuerdos relativos al nombramiento, el cese, la revocación y la exigencia de responsabilidad de los administradores y cualesquiera otros de análogo significado en que el conflicto de interés(es) se refiera exclusivamente a la posición que ostenta el socio en la sociedad. En estos casos, corresponderá a los impugnantes la acreditación del perjuicio del interés social”.

Si el texto definitivo del ACM insistiera en regular la comanditaria por acciones siguiendo el modelo franco-alemán, no cabe duda de que en numerosas ocasiones ante el acuerdo de la junta general de separación o de ejercicio de la acción de responsabilidad contra el accionista administrador (o “socio colectivo”) éste habría de probar que no existía conflicto de intereses por lo que no estaba legalmente obligado a abandonar la administración social, lo que constituiría un foco de litigiosidad que no debiera poner el legislador en la comanditaria por acciones. El reconocimiento en el art.

236-3.2 del PCM al “socio (colectivo)” de la comanditaria por acciones de una acción de indemnización de los daños y perjuicios si el acuerdo de cese se hubiese adoptado sin justa causa conduce a la misma problemática. Por consiguiente, parece necesario que el legislador opte por la alternativa del modelo franco-alemán, en el que en ningún caso la junta de los accionistas comanditarios está facultada para separar o exigir responsabilidad al socio colectivo, ya que éste se encuentra “en su casa”. Ello sin perjuicio del ejercicio de otras acciones, en especial la general de incumplimiento del contrato de sociedad.

Otras normas necesarias serían: 1ª) En su gobierno corporativo: a) la introducción con carácter imperativo de un consejo de control, en cuyo nombramiento no debe participar el socio colectivo. b) La aclaración de que el socio colectivo soporta una responsabilidad personal que comprende la propia del socio colectivo, que sólo se extingue con la publicación de su cese en el Registro Mercantil, y la de administrador de sociedad por culpa y daño; sin perjuicio de que pueda, además, suscribir acciones, añadiendo la condición de accionistas comanditario, con la responsabilidad propia de accionista, por el desembolso de las aportaciones suscritas. c) Debería darse una solución adecuada al supuesto de cese del socio colectivo persona física o disolución si es persona jurídica, previendo un período de 12 meses siguientes (o más breve, de 180 días como en el Derecho italiano), para facilitar la continuidad de la sociedad, mediante el nombramiento de un administrador provisional por el consejo de control, sin que éste soporte la responsabilidad propia de socio colectivo por las deudas sociales, hasta que se produzca la continuación del socio colectivo. 2ª) En su régimen como sociedad cotizada: Los artículos 25 y siguientes de la Ley 24/1988 del mercado de valores y el Real Decreto 1310/2005, que desarrolla las normas sobre oferta pública y admisión de valores a negociación en mercados secundarios oficiales, no debieran impedir la admisión a cotización de la comanditaria por acciones, puesto que sus normas tienen como destinatarios las “sociedades cotizadas” sin exclusiones. Sólo el artículo 116 de la LMV y la normativa reglamentaria que lo desarrolla en el régimen del Informe de Gobierno Corporativo se refieren exclusivamente a las “sociedades anónimas cotizadas”, aunque esta normativa podría aplicarse por analogía a la sociedad comanditaria por acciones en aquellos puntos en que exista identidad de razón. Hasta ahora no se conoce –según la información de que disponemos– ningún precedente en el que se haya solicitado y la CNMV haya denegado la admisión a cotización de una sociedad comanditaria por acciones y, en cambio, sí que hay uno de aprobación de un folleto informativo para la Oferta Pública de Venta de Bosques Naturales del Mediterráneo I, S. Com. por A., presentada en noviembre de 1999.

No obstante, sería necesaria una reforma de nuestra legislación del mercado de valores para reconocer expresamente a la comanditaria por acciones el derecho a ser admitida como sociedad cotizada, así como su consideración expresa como sociedad susceptible de ser afectada por una Oferta Pública de Adquisición y el sometimiento a OPA obligatoria de exclusión a la sociedad anónima cotizada que acuerde su transformación en sociedad comanditaria por acciones cotizada, tal como se regula en los Derechos francés y alemán. En segundo lugar, la reforma debería adaptar la normativa legal y reglamentaria sobre el Informe de Gobierno Corporativo a las

características de la estructura orgánica de la comanditaria por acciones, en especial a su estructura accionarial y a la composición del órgano de administración, que en el modelo franco-alemán asume el socio colectivo, persona física o jurídica (o, en su caso, administradores o “gérants” nombrados por ellos). Si así se decidiera, se podría establecer que la comanditaria por acciones cotizada, aun respondiendo al modelo franco-alemán, fuese gestionada por un Consejo de administración nombrado por el socio o socios colectivos (y no por la Junta de accionistas, como en el modelo suizo-italiano-español).